

VU Research Portal

Samengevoegde afwikkeling van faillissementen [Review of: M.L.H. Reumers (2007) Dissertatie: Samengevoegde afwikkeling van faillissementen]

Huizink, J.B.

published in

Maandblad voor Vermogensrecht
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Huizink, J. B. (2009). Samengevoegde afwikkeling van faillissementen [Review of: M.L.H. Reumers (2007) Dissertatie: Samengevoegde afwikkeling van faillissementen]. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 1, 7-10.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Samengevoegde afwikkeling van faillissementen

Proefschrift van mr. M.L.H. Reumers

*Prof. mr. J. B. Huizink**

1. Samengevoegde of geconsolideerde afwikkeling van faillissementen staat in de belangstelling. Niet alleen is mw. Reumers in december 2007 aan de Erasmus Universiteit bij prof. mr. J.W. Winter op het onderwerp gepromoveerd, ook het Voorontwerp Insolventiewet bevat een speciale afdeling over consolidatie. Nu Reumers in haar proefschrift¹ eveneens een proeve van een wettekst voor geconsolideerde afwikkeling van faillissementen heeft opgenomen en Winter als lid van de Commissie Insolventierecht ongetwijfeld nauw bij dit onderdeel van het Voorontwerp betrokken zal zijn geweest, stel ik mij in deze bespreking van Reumers' dissertatie voor eveneens aandacht te besteden aan de voorstellen van de Commissie Insolventierecht ter zake. Te meer daar die voorstellen in de Ars Aequi-uitgave *Het voorontwerp insolventierecht nader beschouwd* door Reumers en Winter gezamenlijk en op positieve wijze besproken worden.² Zelf sta ik kritischer tegenover de voorstellen van de Commissie Insolventierecht.

2. Laat ik beginnen met voorop te stellen dat Reumers met het schrijven van haar boek veel en belangrijk werk heeft verricht. Het boek lijkt mij een *must* voor degenen die zich verder in de complexe materie van de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen willen verdiepen. Reumers begint met de problemen uiteen te zetten die hebben geleid tot de idee van de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van verschillende rechtspersonen. Zij wijst er echter op dat samengevoegde afwikkeling geen panacee is en eigen moeilijkheden en nadelen kent. Na een onderzoek naar buitenlandse rechtsstelsels wordt in een aantal hoofdstukken ingegaan op de feitelijke bases voor samengevoegde afwikkeling (hfdst. 4), de materiële gevolgen van samengevoegde afwikkeling (hfdst. 5) en de procedurele aspecten van samengevoegde afwikkeling. In hoofdstuk 7 wordt de uitbreiding van insolventieprocedures besproken, waarna in hoofdstuk 8 aanbevelingen voor een Nederlandse regeling inzake sa-

mengevoegde afwikkeling volgen. Het boek wordt afgesloten met een samenvatting, registers en bijlagen.

3. De door Reumers bevestigend beantwoorde centrale onderzoeksvraag is of er in Nederland behoefte bestaat aan een specifieke regeling voor het geconsolideerde faillissement. En hoe dat vervolgens in het garen zou moeten worden gehangen. In haar inleiding verwerpt de auteur al meteen de ooit door Winter en Van Schilfgaarde geopperde suggesties van respectievelijk het concern als vennootschap onder firma en de juridische fusie in faillissement. Ik kan mij daarbij niet aan de indruk onttrekken dat de verwerping van Winters voorstel principiële van aard is dan de verwerping van de idee van de juridische fusie, waartegen voornamelijk praktische bezwaren worden aangevoerd.

4. Bij een deconfiture van (onderdelen) van een concern wordt de groepseenheid door de zelfstandige afwikkeling van de boedels verbroken, hetgeen volgens Reumers kan leiden tot verwarring bij crediteuren en tot moeilijkheden bij de toedeling van vermogensbestanddelen en bij de berekening van de kosten van het salaris van de curator. Geconsolideerde afwikkeling kan dan uitkomst bieden.

Maar er zijn ook nadelen aan consolidatie verbonden, zoals mogelijke benadeling van crediteuren. Een belangrijke vraag is verder welke criteria voor consolidatie van verschillende faillissementen zouden moeten gelden. En, in het verlengde daarvan, hoe te meten of daar in voldoende mate aan is voldaan? Reumers wijst op nog andere zwarigheden, zoals de beoordeling van paulianeuze en andere benadelingshandelingen. In dat kader wordt de bekende uitspraak van het Hof Arnhem inzake de financiering door Heineken van een aantal cafés³ door Reumers terecht kritisch besproken. Denk ook aan de regresproblematiek die kan voortvloeien uit hoofdelijke verbondenheid van groepsmaatschappijen voor de concernschuld. Een en ander wordt door Reumers gedegen en uitvoerig besproken. In mijn optiek misschien te uitvoerig. Reumers komt eigenlijk niet tot nieuwe inzichten en als lezer wil je nu eindelijk – we zijn inmiddels op p. 70 – wel eens wat meer weten over samengevoegde afwikkeling van faillissementen.

3. Hof Arnhem 19 december 1995, NJ 1996, 307.

* Prof. mr. J.B. Huizink is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen (diss. Rotterdam), deel 61 IVO-reeks, Deventer: Kluwer 2007.

2. J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), Het voorontwerp insolventierecht nader beschouwd, Nijmegen, Ars Aequi Libri 2008. Zie ook Reumers, De geconsolideerde insolventie, TvI 2008, 16, p. 101.

5. Gelukkig komt in hoofdstuk 3 de samengevoegde afwikkeling van faillissementen in buitenlandse rechtsstelsels aan de orde. Reumers bespreekt in dat verband de Amerikaanse *substantive consolidation*, waarbij het *overall effect* voor de bij de consolidatie betrokken crediteuren doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of consolidatie gerechtvaardigd is. Vervolgens bespreekt zij de Franse *extension des procédures collectives*. In Frankrijk hakt men al veel langer met dit bijltje, hetgeen werd ingegeven door de gedachte misbruik van rechtspersoonlijkheid en exclusieve aansprakelijkheid ten koste van crediteuren tegen te gaan. Zie ik het goed, dan is dat een andere insteek dan de Amerikaanse, waar het belang van de crediteuren vooropstaat. Vervolgens brengt Reumers ons naar Nieuw-Zeeland en Ierland, twee landen met een wettelijke regeling voor geconsolideerde faillissementsafwikkeling. Ook in die landen is de aanpak van frauduleus handelen met en rond rechtspersonen een belangrijke bestaansreden voor de regeling, met dien verstande dat in Nieuw-Zeeland eveneens acht wordt geslagen op een praktischer afwikkeling van de deconfiture.

Vervolgens bespreekt Reumers voor de verschillende rechtsstelsels de vraag wie bij de geconsolideerde afwikkeling kunnen worden betrokken (alleen rechtspersonen of ook natuurlijke personen of partnerships) en de vraag of consolidatie alleen mogelijk is bij op liquidatie gerichte insolventieprocedures of eveneens bij op reorganisatie gerichte insolventieprocedures. Hoofdstuk 3 wordt afgesloten met een onderzoek naar de maatstaven die (door rechters) in de verschillende stelsels worden gehanteerd om tot een geconsolideerde faillissementsafwikkeling over te kunnen gaan. Uit dit onderzoek blijkt dat er moeilijk algemene lijnen getrokken kunnen worden. Wel blijkt dat consolidatie in beginsel een uitzondering is en dat de beslissing om te consolideren vaak erg is toegespitst op de omstandigheden van het voorliggende geval. Het is jammer dat dit gedeelte van het onderzoek niet meer resultaat heeft opgeleverd, omdat zulks te stade kan komen bij de beantwoording van de vraag of wij in Nederland behoefte hebben aan een wettelijke regeling van het geconsolideerde faillissement. Bovendien is de aan consolidatie ten grondslag liggende problematiek natuurlijk niet beperkt tot de vier door Reumers onderzochte rechtsstelsels. Het zou interessant zijn om te weten hoe de problemen getackeld worden in landen waar faillissementsconsolidatie niet mogelijk is.

6. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens nader onderzocht welke omstandigheden als basis voor samengevoegde faillissementsafwikkeling kunnen dienen. Daarbij worden op fraaie wijze rechterlijke beslissingen uit de verschillende rechtsstelsels op een rij gezet en met elkaar vergeleken. Veel van die omstandigheden komen bekend voor, zoals vermogensvermenging (voor Nederland onder verwijzing naar Infotheek⁴), financiële, economische, organisatorische en personele verbondenheid (alle vier vaak weer uitmondend in vermogensvermenging) en misbruik of oneigenlijk gebruik van vennootschappen. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de positie van crediteuren en aan praktische argumenten (zoals een verminderde werklast) als factoren

die van betekenis kunnen zijn voor de beslissing tot een geconsolideerde afwikkeling van het faillissement. Alle elementen worden uitvoerig besproken en gewogen en tot op zekere hoogte empirisch onderbouwd door de uitkomsten van een door Reumers gehouden schriftelijke enquête onder Insolad-leden. Als ik een punt van kritiek zou hebben, dan opnieuw dat sommige zaken – bijvoorbeeld de vereenzelviging van vennootschappen – wel erg breed worden uitgemeten. Ik denk dat dat niet nodig was geweest voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Daar komt bij dat veel van dit soort interessante beschouwingen wellicht beter in aan aparte publicatie hadden kunnen worden gestopt. Wie bijvoorbeeld iets wil weten over het arrest Citco-Krijger⁵ zal niet als eerste naar een boek over samengevoegde afwikkeling van faillissementen grijpen.

7. Dat laatste geldt niet voor de in het vijfde hoofdstuk behandelde onderwerpen die betrekking hebben op de materiële gevolgen van de samengevoegde afwikkeling, bijvoorbeeld de samenvoeging van de boedels, de gevolgen van consolidatie voor de rangorde van de crediteuren, voorrechten en zekerheden, intercompany-vorderingen, verrekening, de actio pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid. Dit en hoofdstuk 6 over de procedurele aspecten van samengevoegde faillissementsafwikkeling vormen in mijn ogen de kern van het onderzoek. Zo komt in hoofdstuk 6 aan de orde wie bevoegd is om tot geconsolideerde afwikkeling te besluiten, de daartoe te volgen procedure, de verificatie van schuldvorderingen en het akkoord. Het is in het kader van deze boekbespreking onmogelijk om recht te doen aan alle standpunten die Reumers op de verschillende materiële en processuele onderwerpen inneemt. Ik volsta met de opmerking dat Reumers altijd uitgebreid motiveert, hetgeen lezing van de verschillende onderdelen tot een genoegen maakt. Ik zal bij de bespreking van het Voorontwerp Insolventiewet hierna enkele punten kort aanstippen.

8. Hoofdstuk 7 heeft als opschrift 'Uitbreiding van insolventieprocedures'. Dit doet zich in een paar van de onderzochte jurisdicties voor en heeft betrekking op uitbreiding van een insolventieprocedure van bijvoorbeeld een kapitaalvennootschap tot een andere natuurlijke of rechtspersoon die niet in de insolventieprocedure is betrokken. Volgens Reumers is deze uitbreiding, die nagenoeg altijd weer tot geconsolideerde afwikkeling zal leiden in Nederland, nauwelijks denkbaar. Veeleer moet men denken aan – wat zij noemt – faillissementsuitlokking, waarin de faillissementscurator het faillissement bewerkstelligt van een aan zijn curandus gelieerde persoon. Dat kan bij het faillissement van een kapitaalvennootschap bijvoorbeeld een bestuurder of een groepsmaatschappij zijn.

9. Volgens Reumers heeft een Nederlandse wettelijke regeling van het geconsolideerde faillissement meerwaarde. Dat zal – we zijn inmiddels op p. 425! – de lezer niet verbazen. De meerwaarde schuilt in de oplossing van praktische problemen waar curatoren mee worden geconfronteerd, het in bepaalde gevallen

4. Rb. Den Haag 27 december 1995, JOR 1996/87.

5. HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213.

tegemoetkomen aan dogmatische bezwaren tegen enkelvoudige afwikkelingen het mogelijk voordelige effect op de uitdeling aan crediteuren. Ik denk dat eigenlijk alleen het laatste een geconsolideerde afwikkeling van faillissementen kan rechtvaardigen. Waarbij voor mij de vraag onbeantwoord blijft hoe kan worden gerechtvaardigd dat sommige crediteuren onvermijdelijk door de geconsolideerde afwikkeling in een ongunstiger positie geraken. Zou, zo vraag ik mij af, dat nadeel niet moeten worden gecompenseerd door de crediteuren die er beter van worden? Een vraag die Reumers zich gek genoeg niet stelt. In het voorstel van de Commissie Insolventierecht is er ten minste nog de mogelijkheid om met gebruikmaking van art. 2.2.10 Voorontwerp Insolventiewet een afwijkende regeling te treffen waardoor aan door de consolidatie benadeelde crediteuren een afwijkende uitkering kan worden toegekend. Reumers is daar overigens op tegen: het druist volgens haar in tegen de ratio van de samenvoeging en is te ingewikkeld.⁶

10. Hoe dit ook zij, Reumers doet aanbevelingen voor een wettelijke regeling. Geconsolideerde afwikkeling zou – als uitzondering – mogelijk moeten zijn als, kort weergegeven, de vermogens niet of tegen onevenredig hoge kosten te scheiden zijn, of als de gefailleerden wier boedels voor consolidatie in aanmerking komen, met crediteuren hebben gehandeld alsof zij een eenheid waren, of wanneer, gezien vanuit de crediteuren, de voordelen aanzienlijk groter zijn dan de nadelen. Zie ik het goed, dan keren alleen de eerste en derde consolidatiegrond – de derde in enigszins gewijzigde vorm⁷ – terug in het Voorontwerp Insolventiewet. Terecht denk ik. De door Reumers voorgestelde tweede consolidatiegrond betreft in de kern een concernrechtelijk probleem, dat mijns inziens langs de wegen der geleidelijkheid van het rechtspersonenrecht moet worden opgelost.

Een verschil tussen de voorstellen van Reumers en die van de Commissie Insolventierecht is verder dat bij Reumers de faillissementsaanvragende schuldenaar niet om consolidatie kan verzoeken. Die moet zich volgens Reumers maar ex art. 69 Faillissementswet (Fw) tot de rechter-commissaris wenden. Mijn voorkeur gaat uit naar het Voorontwerp Insolventiewet.⁸

Reumers werkt een en ander verder tot in detail uit (hoger beroep, verzet, enz.). Het Voorontwerp Insolventiewet bevat dienaangaande eveneens bepalingen. Vergelijking is nogal een exercitie, omdat de systematiek van het Voorontwerp Insolventiewet in belangrijke mate verschilt van de huidige Faillissementswet. Ik sluit de bespreking van het proefschrift af met de ideeën van Reumers over de gevolgen van de geconsolideerde faillissementsafwikkelingen zal die opnieuw vergelijken met wat dienaangaande in het Voorontwerp Insolventiewet is opgenomen.

11. In dat verband valt mij op dat Reumers in haar voorstellen veel meer wil regelen dan de Commissie Insolventierecht. Beiden gaan uit van één boedel, maar daar houdt de parallelle zo

ongeveer mee op. Het Voorontwerp Insolventiewet bevat, anders dan de voorstellen van Reumers, een regeling voor gevallen dat het tijdstip van insolventverklaring van belang is, alsmede een bepaling over de geldigheid van voorafgaand aan de consolidatie verrichte handelingen van bewindvoerders.

Veel van Reumers' voorstellen over bijvoorbeeld verrekening, rangorde en voorrechten worden door de Commissie Insolventierecht gevolgd. Maar uit het Voorontwerp Insolventiewet en de toelichting blijkt dat volgens de Commissie volstaan kan worden met enkele opmerkingen in de toelichting op de desbetreffende bepaling van het Voorontwerp Insolventiewet. Ik ben daar niet zo zeker van. Is het zonder nadere wettelijke bepaling wel zo voor de hand liggend als de Commissie in haar toelichting suggereert, dat algemene voorrechten zich na consolidatie uitstrekken over het totale geconsolideerde actief? De Commissie Insolventierecht heeft zich kennelijk eveneens gerealiseerd dat die vraag kan rijzen. Aan de passage in de toelichting is namelijk toegevoegd dat als de voorgestelde behandeling van algemene voorrechten voor andere schuldeisers tot onredelijke gevolgen zou leiden, dit een grond kan opleveren om niet tot consolidatie over te gaan. En als de gevolgen onredelijk zijn, maar niettemin tot consolidatie is overgegaan? Ik geef dan denk ik toch de voorkeur aan een uitgeschreven regeling.

Ten slotte bepalen zowel de voorstellen van Reumers als het Voorontwerp Insolventiewet dat het WBF-tekort van art. 2:138 (248) lid 2 BW, tot betaling waarvan bestuurders bij kennelijk onbehoorlijk bestuur veroordeeld kunnen worden, bij consolidatie gezien moet worden als het geconsolideerde tekort.

12. Hoe nu verder te oordelen over de voorstellen voor een wettelijke regeling van een geconsolideerde faillissementsafwikkeling? Ik heb een aantal fundamentele bezwaren tegen de voorstellen. Elders heb ik uiteengezet dat faillissementsrecht voor namelijk organisatierecht is. Insolventie – gebrek aan geld – doet op zichzelf geen afbreuk aan bestaande civiel- en publiekrechtelijke verhoudingen. Met materieel faillissementsrecht is de wetgever altijd terughoudend geweest.⁹ Ik denk dat we aan dat uitgangspunt moeten vasthouden. Faillissementsrecht moet niet meer willen zijn dan wat het in de kern is: verdeling van de poet op – als het kan – een efficiënte manier. Dat is al ingewikkeld genoeg. Daarin past geen regeling die, zoals het proefschrift van Reumers fraai laat zien, aan de kern van het ten onzent nog veel te weinig uitgekristalliseerde leerstuk van concernverhoudingen raakt.

Ik merk verder op dat tegen de achtergrond van de administratieplicht ex art. 3:15i BW en art. 2:10 BW alle argumenten die reden zouden kunnen geven tot een geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van verschillende (rechts)personen, eigenlijk als vanzelf leiden tot de constatering van ernstig tekortschieten van de betrokken leidinggevendenden. Voor kapitaalvennootschappen wijs ik op het zojuist genoemde art. 2:138(248) lid 2 BW. Ik wijs op de voorstellen om de desbetreffende bepalingen dan ook maar geconsolideerd uit te brei-

6. Reumers 2008, p. 106.

7. Vgl. Reumers 2008, p. 102.

8. Die van Reumers inmiddels ook blijktens haar eerder genoemde TvI-bijdrage (2008), p. 104.

9. J.B. Huizink, Insolventie, Deventer: Kluwer 2005, nr. 9-10.

den. Het lijkt me een weinig aantrekkelijk perspectief voor bestuurders van ondergeschikte groepsmaatschappijen.

Een verder argument tegen een wettelijke regeling is dat elke nieuwe regeling haar eigen vraag creëert. Ik heb dat nooit systematisch onderzocht, maar draai inmiddels zo lang mee dat ik deze uitspraak met een zekere stelligheid meen te kunnen doen. Verwerkelijking van de voorstellen is *'gefundenes Fressen'* voor salarisbewuste faillissementscuratoren.

13. Ik kan nog wel meer noemen,¹⁰ maar het is mooi geweest. Reumers heeft een belangwekkend proefschrift geschreven, dat de moeite waard is om door velen te worden geraadpleegd, maar dat tegelijkertijd uitmondt in de verkeerde conclusie. We behoeven geen wettelijke regeling van het samengevoegde faillissement. We redden ons uitstekend en weten allemaal dat de wetgever de laatste tijd op het terrein van het vennootschaps- en ondernemingsrecht, waartoe ik belangrijke onderdelen van het faillissementsrecht gemakshalve reken, vaak meer kwaad aanricht dan goed doet. Niettemin hulde voor de prestatie van – inmiddels – dr. Reumers. De nieuw verworven waardigheid komt haar stellig toe.

10. Zie mijn bijdrage aan de in noot 2 genoemde Ars Aequi-bundel.